



UNIVERSIDAD DE
MANIZALES

DERECHO

Página | 1

**ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL DE DISCREPANCIA, (“Choque de Trenes”)
ENTRE LAS ALTAS CORTES POR LA PENSIÓN COMPARTIDA PARA LA
CONYUGE SUPÉRSTITE Y COMPAÑERO (A) PERMANENTE**

NATALY MERINO GUTIÉRREZ

CÓDIGO: 40201222531

UNIVERSIDAD DE MANIZALES

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE DERECHO

MANIZALES, 2017



TABLA DE CONTENIDOS

CAPÍTULO I

1. RESUMEN, Pág. 5 - 6
2. PALABRAS CLAVES, Pág. 6
3. ABSTRACT, Pág. 6 al 8
4. KEYWORDS, Pág. 8
5. INTRODUCCIÓN, Pág. 9 - 10

CAPÍTULO II

6. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA OBJETO DE INVESTIGACIÓN, Pág. 10 a la 25
7. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, Pág. 26 - 27

CAPÍTULO III

8. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA, Pág. 27

CAPÍTULO IV

9. JUSTIFICACIÓN, Pág. 28 - 29

CAPÍTULO V

10. MARCO CONCEPTUAL, JURÍDICO Y NORMATIVO, Pág. 29
 - 10.1. MARCO CONCEPTUAL, Pág. 29 al 33
 - 10.2. MARCO JURÍDICO, Pág. 34 - 35



10.3. NORMATIVO, Pág. 35 al 37

CAPÍTULO VI

11. HIPÓTESIS Y CATEGORÍA DE ANÁLISIS, Pág. 30

11.1. HIPÓTESIS, Pág. 38

11.2. CATEGORÍA DE ANÁLISIS, Pág. 38

CAPÍTULO VII

12. OBJETIVO GENERAL Y OBJETIVOS ESPECÍFICOS, Pág. 39

12.1. OBJETIVO GENERAL, Pág. 39

12.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS, Pág. 39

CAPÍTULO VIII

13. METODOLOGÍA, Pág.40

CAPÍTULO IX

14. TIPO DE INVESTIGACIÓN, Pág. 41

CAPÍTULO X

15. MÉTODO Y ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN, Pág. 41

16. POBLACIÓN Y MUESTRA, Pág.41

17. FUENTES DE INFORMACIÓN PRIMARIA Y SECUNDARIA, Pág.42

18. TÉCNICA E INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN, Pág.42

19. DEPURACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN, Pág.42



CAPÍTULO XI

20. CRONOGRAMA, Pág. 43

CAPÍTULO XII

21. RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN, Pág. 44

21.1. INVESTIGACIÓN, Pág. 44 al 52

21.2. CAUSAS QUE LLEVAN A LA DISCREPANCIA DE CONCEPTOS ENTRE
LAS ALTAS CORTES DE COLOMBIA, Pág. 52 - 53

21.3. ANÁLISIS DE LAS DISCREPANCIAS ENTRE LAS ALTAS CORTES
COLOMBIANAS, Pág. 54 - 55

21.4. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD, JUSTICIA Y EQUIDAD, Pág. 56 - 57

21.5. DESARROLLO DE LOS CONCEPTOS: CRITERIO MATERIAL DE LA
CONVIVENCIA Y EL CRITERIO FORMAL DEL VÍNCULO, Pág. 58 a la 60

21.6. DEPENDENCIA ECONOMICA, Pág. 60

21.7. ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005, Pág. 60 - 61

21.8. PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA, Pág. 61 - 62

21.9. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS (PRONUNCIAMIENTOS),
Pág. 62 - 63

CAPÍTULO XIII

22. CONCLUSIONES FINALES, Pág. 64 - 65

CAPÍTULO XIV

23. BIBLIOGRAFÍA/WEBGRAFÍA, Pág. 66 al 69



CAPÍTULO I

1. RESUMEN

Este análisis jurisprudencial se titula “ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL DE DISCREPANCIA, (“Choque de Trenes”) ENTRE LAS ALTAS CORTES POR LA PENSIÓN COMPARTIDA PARA LA CONYUGE SUPÉRSTITE Y COMPAÑERA (O) PERMANENTE”, su principal temática está basada en la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional cuando hay coexistencia de cónyuge supérstite y compañera (o) permanente, teniendo en cuenta convivencia simultanea o no.

La discrepancia está en que cada una de las altas cortes de nuestro país que son: Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, tienen una interpretación diferente de la Ley 100 de 1993 Artículo 46 y S.S y su modificadorio la Ley 797 de 2003, que se encuentra en el “CAPÍTULO IV PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES”, ya que para estos casos concretos indican que la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional corresponde dependiendo de la coexistencia simultanea o no, de cónyuge y compañero (a) permanente así: si hay convivencia simultanea el Consejo de Estado indica que la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional corresponde 50 y 50% a cada parte, la Corte Suprema de Justicia por su lado, indica que la pensión debe ser distribuida el 100% a la cónyuge por haber sociedad conyugal vigente y la Corte Constitucional indica que les corresponde 50 y 50% a cada una (o) de las partes en conflicto; pero si no hay simultaneidad de convivencia, el Consejo de Estado indica que la pensión le corresponde el 100% a la parte que haya convivido los últimos 5 años con el fallecido, por su parte la Corte Suprema de Justicia continua en su posición que mientras halla sociedad conyugal vigente es el/la cónyuge la que tienen el 100% de la pensión y por su



parte, la Corte Constitucional indica que la pensión debe ser repartida por tiempo de convivencia hasta completar el 100% para cada una de las partes.

Son las anteriores diferencias, en los fallos de las altas cortes las que están generando una inseguridad jurídica al respecto, teniendo en cuenta que son derechos fundamentales los cuales están siendo violados y/o vulnerados con estos fallos como son: el artículo 48 “Seguridad Social” de la Constitución Política de Colombia y en conexión con derechos fundamentales como la vida artículo 11, la salud artículo 49, la educación artículo 67, la dignidad humana, el mínimo vital, entre otros, por no presentarse una unión de conceptos, interpretaciones y sobre todo de explicaciones jurídicas al respecto.

2. PALABRAS CLAVES:

Pensión de sobreviviente / sustitución pensional – compartida – cónyuge supérstite – compañera (o) permanente – Corte constitucional – Corte suprema de justicia – Consejo de estado – Ley 100 de 1993 - Ley 797 de 2003 - familia – tiempo de convivencia - inseguridad jurídica – derechos fundamentales – vulneración y/o violencia – jurisprudencia – sociedad conyugal- sociedad patrimonial – dignidad humana – mínimo vital.

3. ABSTRACT

This jurisprudential analysis is entitled "ANALYSIS OF THE CURRENT SITUATION OF DISCREPANCY, (" Train Clash ") BETWEEN THE HIGH COURTS FOR THE SHARED PENSION FOR THE SUPERSTAR AND COMPANION (O) PERMANENT SPOUSE", its main theme is based on the pension of survivor and / or pension substitution when there is



coexistence of surviving spouse and permanent partner, taking into account simultaneous coexistence or not.

The discrepancy is that each of the high courts of our country that are: Constitutional Court, Supreme Court of Justice and Council of State, have a different interpretation of Law 100 of 1993 Article 46 and SS and its amendment to Law 797 of 2003, which is found in the "CHAPTER IV PENSION OF SURVIVORS", since for these specific cases they indicate that the survivor's pension and / or pension substitution corresponds depending on the simultaneous or non-simultaneous coexistence of spouse and permanent companion (a) : if there is simultaneous cohabitation, the State Council indicates that the survivor's pension and / or pension substitution corresponds to 50 and 50% for each party; the Supreme Court of Justice, on the other hand, indicates that the pension must be distributed 100% to the spouse for existing conjugal partnership and the Constitutional Court indicates that 50 and 50% corresponds to each one of the parties in conflict; but if there is no simultaneity of coexistence, the Council of State indicates that the pension corresponds 100% to the party that has lived the last 5 years with the deceased, for its part the Supreme Court of Justice continues in its position that while it finds current conjugal partnership is the / the spouse who have 100% of the pension and for its part, the Constitutional Court indicates that the pension must be divided by time of coexistence to complete 100% for each of the parties.

It is the previous differences, in the failures of the high courts that are generating a legal uncertainty in this regard, taking into account that they are fundamental rights which are being violated and / or violated with these failures such as: article 48 "Social Security "Of the Political Constitution of Colombia and in connection with fundamental rights such as life article 11,



health article 49, education article 67, human dignity, the minimum vital, among others, for not presenting a union of concepts, interpretations and especially legal explanations in this regard.

4. KEYWORDS:

Survivor's pension / pension substitution - shared - surviving spouse - permanent companion - Constitutional Court - Supreme Court of Justice - Council of State - Law 100 of 1993 - Law 797 of 2003 - family - time of coexistence - legal uncertainty - rights fundamental - violation and / or violence - jurisprudence - conjugal society - patrimonial society - human dignity - vital minimum.



5. INTRODUCCIÓN

Este trabajo de grado tiene como fin servir como tesis para optar por el título de Abogada de la Universidad de Manizales y tiene como tema principal el “análisis de la situación actual de discrepancia, (“choque de trenes”) entre las altas cortes por la pensión compartida para la cónyuge supérstite y compañera (o) permanente”, esto quiere decir, que las altas cortes de nuestro país (Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia), realizan una interpretación diferente de la ley pensional que se encuentra establecida en la Ley 100 de 1993 y su modificación la Ley 797 de 2003, que a su vez está protegida en la Constitución Política y en las leyes.

La principal base de investigación de este trabajo de grado, es la sustitución pensional y/o pensión de sobreviviente teniendo como reclamantes y/o beneficiarias (os) la/el cónyuge y compañera (o) permanente al mismo tiempo; con la característica de tener en simultaneidad sociedades “vigentes” como son: la sociedad conyugal (cónyuge) y la sociedad patrimonial (compañera (o) permanente), debido a que nunca se realizó un divorcio (cesación de efectos civiles) con la cónyuge y teniendo en cuenta que se comenzó a convivir de una manera constante con una compañera (o) permanente; esta problemática es un tema moderno el cual afecta a una población determinada de nuestro país como es la adulta – tercera edad – niños.

Este derecho pensional es fundamental por sí mismo, pero también tiene una conexión fundamental e innegable con varios derechos fundamentales de gran importancia como son: la vida, la salud, la educación, la seguridad social, la dignidad humana, el mínimo vital, entre otros; al presentarse esta inseguridad jurídica, lo que está generando indirectamente es la violación de derechos fundamentales por parte de las altas cortes, es por lo anterior, que el **Estado** (que es el



principal protector de los derechos fundamentales) puede estar negando derechos pensionales a personas que realmente les corresponden.

CAPÍTULO II

6. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA OBJETO DE INVESTIGACIÓN

Utilizando como parámetro para esta investigación la Ley Colombiana que nos rige en materia laboral, se hace indispensable enunciarla por transcripción directa, tomada del encabezado de la misma, que dice así:

*“El Sistema de Seguridad Social Integral vigente en Colombia, está regido y controlado por la Ley 100 de 1993 y reúne de manera coordinada un conjunto de entidades, normas y procedimientos a los cuales podrán tener acceso las personas y la comunidad con el fin principal de garantizar **una calidad de vida**, que esté acorde con la dignidad humana, haciendo parte del Sistema de Protección Social junto con políticas, normas y procedimientos de protección laboral y asistencia social”¹*, para internarnos en la descripción de los antecedentes que nos permiten focalizar correctamente, el desarrollo de esta investigación objetiva y de forma específica, por cuanto esta Ley es el antecedente de donde nace la pregunta de investigación y como se desarrollara dentro de este proyecto y que dará las pautas para conocer los diferentes puntos de vista que existen al respecto del tema investigado.

Desde 1819 empieza a hacerse toda la construcción de la seguridad social, el gobierno nacional en aquella época en cabeza de Bolívar empezó a diseñar todo el tejido de construcción

¹ https://es.wikipedia.org/wiki/Seguridad_Social_de_Colombia



de un sistema de salud muy empírico basado en el modelo europeo. Primero fueron las fuerzas militares cuando se garantizaba la existencia de recursos para los lisiados de la guerra, es decir los militares incapacitados.

Para hacer referencia a la seguridad social en Colombia debemos tener claro en primer lugar que no es una dádiva oficial sino es el producto de una lenta construcción con aportes de empleadores y trabajadores para un objetivo concreto que es el de la salud, garantizarlo como derecho fundamental a los trabajadores y sus familias y el derecho a una vida digna después de que culmina su etapa laboral y haber cotizado.²

Nuestro país comienza a hablar de pensiones en 1887 con el Código civil de esa época, el cual nació gracias a la Ley 57; en ella hay varios aportes en los cuales se habla de pensión pero no tan claro como hoy día, se indica que la pensión trataba de un dinero que se le pagaba a las personas como sinónimo de renta, como cuando se arrendaba un inmueble “*ARTÍCULO 851. ARRENDAMIENTO DE LA COSA FRUCTUARIA. El usufructuario es obligado a respetar los arriendos de la cosa fructuaria, contratados por el propietario antes de constituirse el usufructo por acto entre vivos, o de fallecer la persona que lo ha constituido por testamento. Pero sucede en la percepción de la renta o pensión desde que principia el usufructo.*”³, claro que también hay un inicio pequeño de lo que para nosotros hoy es pensión como es la llamada renta vitalicia que era un contrato en el cual se le pagaba a una persona durante su vida una renta, aportes que salían del bolsillo de unos terceros “*ARTICULO 2287. DEFINICIÓN DE RENTA VITALICIA. La constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título*

²http://imagen.eldia.co/zp-core/i.php?a=marchas/marcha-por-la-paz-y-la-memoria-9-de-abril-de-2013&i=img_8982.jpg&s=595&q=85&wmk=!{/image}

³ <http://www.ugpp.gov.co/pensiones/leyes-sobre-pensiones.html>



oneroso, a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida de cualquiera de estas dos personas de un tercero.”⁴.

Con el paso del tiempo se fue moldeando un poco más la idea de pensión y luego la Ley 114 de 1913, la cual tenía como principal objetivo garantizar a los maestros de primaria que pertenecían al magisterio (trabajadores del Estado) una pensión de jubilación la cual se estableció con su artículo primero, el cual decía así: *“Artículo 1º Los Maestros de Escuelas Primarias oficiales que hayan servido en el Magisterio por un término no menor de veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, en conformidad con las prescripciones de la presente Ley”⁵*, ya en este tiempo de la historia, comienza a darse importancia, no solo al tema de pensión sino también al tema “vitalicio” que quiere decir “durante la vida” y así fue como comenzó un proceso legislativo y social de este derecho que poco a poco se le fue dando una importancia mayor, no solo por los beneficios que traía para las personas trabajadoras sino al sostenimiento económico del país gracias a los recursos que maneja y como se emplean para dar vida digna a las personas como derecho fundamental.

Luego el año 1933, y se crea la ley 37, la cual habla de algunas otras pensiones que se concederían a empleados públicos, tales como: secretarios principales y auxiliares de las Cámaras Legislativas, trabajadores de los ferrocarriles nacionales, etc y también, se da derecho de pensión a las viudas de los trabajadores públicos, la cual, se volvió vitalicia ya que se manejaba solo con un tipo de asistencia económica, y, gracias a esta ley, al quedar viuda, podían acceder a una pensión hasta que fallecieran, así como hoy día en ese tiempo también tenían

⁴ <http://www.ugpp.gov.co/pensiones/leyes-sobre-pensiones.html>

⁵ <http://www.ugpp.gov.co/pensiones/leyes-sobre-pensiones.html>



algunas condiciones y/o requisitos como que sus esposos fueran ya jubilados por ser trabajadores públicos y otras más que en esta investigación no tienen trascendencia.

Con la ley 4 de 1966, ya se establecen más disposiciones no solo para la pensión de jubilación sino también para la pensión por invalidez, un tema que en los años anteriores había sido tratado muy superficialmente y que ya acá crean nuevas disposiciones y se abren más las posibilidades para obtenerla *“Artículo 4º. A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación e invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.”*⁶

Llegando a nuestra contemporaneidad, se crea en nuestra legislación la Ley 100 de 1993 *“ARTICULO 1o. Sistema de Seguridad Social Integral. El Sistema de Seguridad Social Integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”*⁷ es la ley que da vida al sistema de seguridad social integral en el cual se explica y establece no solo la importancia sino también la obligatoriedad y el manejo (requisitos) de la pensión, ARL, salud, cesantías, etc; porque es un conjunto de todas estas prestaciones sociales que se configuran en un solo paquete llamado **seguridad social integral** (esto quiere decir varios servicios en uno) y las cuales adquieren un papel de obligatorio cumplimiento dentro de nuestra normatividad vigente y su modificación la Ley 797 de 2003 “por la cual se reglamenta el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el

⁶ <http://www.ugpp.gov.co/pensiones/leyes-sobre-pensiones.html>

⁷ <http://www.ugpp.gov.co/pensiones/leyes-sobre-pensiones.html>



artículo 2° de la Ley 797 de 2003”⁸; estas dos leyes nacen gracias a la Constitución Política de 1991, la cual dio aportes fundamentales para su creación, su actuar, su reglamentación (derechos fundamentales), su regulación (tutela), gracias a su artículo 48 *“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley..... El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo.....”*⁹, también dentro de estas leyes se habla que la pensión es sostenible en nuestro país y hace parte de la seguridad social, derecho que tenemos todos y en especial los trabajadores (públicos y privados).

Luego de los antecedentes sobre pensión y su nacimiento en nuestra legislación (tanto el punto de vista de parejas de diferente sexo como parejas del mismo sexo), ahora debemos hablar de la pensión que en este momento nos interesa: la pensión de sobreviviente que significa la prestación que se les reconoce a los beneficiarios cuando fallece el pensionado o afiliado principal¹⁰, la corte ha expresado en palabras claves cual es este derecho: *“el derecho a la pensión de sobrevivientes no es un derecho que se reconozca como consecuencia de la voluntad del causante; no se trata de un derecho heredable. Se trata de un derecho autónomo fundamental, irrenunciable e intransferible que se causa cuando quien lo reclama reúne los requisitos previstos por la ley para el efecto. Su función ha sido definida por la Corte así: “(...*

⁸ <http://www.ugpp.gov.co/pensiones/leyes-sobre-pensiones.html>

⁹ <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

¹⁰ <http://www.ugpp.gov.co/prestaciones-economicas/pension-sobrevivientes.html>



*mecanismo de protección de los familiares del trabajador pensionado ante el posible desamparo en que pueden quedar por razón de su muerte, pues al ser beneficiarios del producto de su actividad laboral, traducida en ese momento en una mesada pensional, dependen económicamente de la misma para su subsistencia.*¹¹ En este orden de ideas, las manifestaciones de voluntad de los pensionados sobre el destino de la pensión de sobrevivientes deben valorarse en conjunto con otras pruebas para determinar quién tiene derecho a ella¹² Sentencia T-301/10.

Por fin, la prometida ley que permite una pensión compartida se hace realidad. Se acaba de expedir la Ley 1580 de 2012 y con ella, la esperanza para miles de parejas que individualmente no completan requisitos para adquirir su propia pensión de vejez, bien en el régimen de Prima Media o en el de Ahorro Individual.

Mediante la nueva Ley 1580 de 2012 se crea la Pensión Familiar, también denominada Pensión Compartida, pues su esencia consiste en que una pareja de esposos o compañeros permanentes, que individualmente no cumplen con requisitos para acceder separadamente a su propia pensión de vejez, sumen sus semanas o capital (Régimen de Prima Media administrado ahora por Colpensiones o de Ahorro Individual administrado por fondos privados) y puedan acceder a una sola pensión de vejez que se compartirá entre éstos, como un medio de subsistencia económica para dicha pareja.

¹¹ T- 301 de 2010

¹² <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-301-10.htm>



Deben acreditar más de cinco (5) años de relación conyugal o convivencia permanente y deberá haber iniciado antes de haber cumplido 55 años de vida cada uno. (Con la postura garantista de la Corte Constitucional sobre derechos económicos de las parejas del mismo sexo, consideramos que la Pensión Familiar también les aplica si cumplen con los requisitos de ésta nueva ley).¹³

Ya para ir terminando con los antecedentes del problema de investigación es de importancia llegar al tema del nacimiento de la pensión compartida entre la cónyuge superviviente y la compañera (o) permanente; este antecedente nace en la jurisprudencia debido a los cambios sociales que constantemente se van dando gracias a la globalización, las relaciones personales, las relaciones sociales, la evolución social, etc; esto comienza a aparecer más o menos desde el 2013 y tiene su esencia en indicar que hay un causante y tenía esposa (cónyuge) y también compañera permanente (con la que convivió los últimos años de vida) y quien no se había divorciado y liquidado la sociedad conyugal que se conformó con la esposa o simplemente se presentaba una convivencia simultánea con la esposa y la compañera permanente.

Las sentencias comenzaron a indicar cuál era el principal requisito para que se pudiera tener derecho a esta pensión y lo primero que indicó fue: *“Los requisitos para que el cónyuge o compañero(a) permanente acceda a la pensión de sobreviviente, son “acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte”¹⁴*, luego de este primer

13 Se adiciona a la Ley 100 de 1993, nuevos artículos, son ellos, los artículos 151 A, 151 B, 151 C, 151 D, 151 E y 151 F.

14 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-030-13.htm>



requisito se llega a las normas ya establecidas donde indican que si el causante ha fallecido y con estado civil casado y con sociedad conyugal vigente, la esposa según la ley tiene derecho.

Es por lo anterior, que la corte comienza sus pronunciamientos al respecto teniendo en cuenta la ley 797 de 2003 para indicar: *“Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, también indican que a pesar de la existencia de la sociedad conyugal vigente (con la esposa) se debe la compañera permanente y su convivencia con el causante y por lo tanto tiene derecho a esta pensión”*¹⁵..... y es así como nace el problema de investigación.

Es importante anotar que cuando hablamos dentro de la investigación de pensión de sobrevivientes también se esta hablando de la sustitución pensional ya que estos dos conceptos son abarcados dentro de la investigación como sinónimos ya que la única diferencia es el estado en el que el fallecido ya tenía su pensión (si ya era beneficiario o ya era un candidato a obtenerla).

¹⁵ <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-030-13.htm>



Es en este punto de análisis, es donde se realiza una parada en nuestra legislación (nuestra historia) y se abre un paréntesis para hablar también de la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional entre parejas del mismo sexo, ya que es un tema no solo actual sino también de reivindicarían de derechos a minorías que ya poco a poco ya van creando su propio espacio dentro de la sociedad y que gracias a la globalización, las ideas de inclusión y protección de los derechos humanos como base social han podido luchar también por sus derechos como en este caso específico la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional.

La Corte Constitucional a través de sus jurisprudencias han llevado una línea llena de protección y poco a poco ha tratado de dar esta minoría los derechos que como personas les corresponde (dejando un poco al lado la religión y perjuicios debidos a un país machista como es Colombia) y no poniéndolo simplemente en el ojo del huracán por sus diferencias “sexuales” sino simplemente tratándolos como ciudadanos, personas que como cualquier otra requieren en ocasión de protección especial y de ejercer sus derechos, La corte indica: “la sustitución pensional para las parejas constituidas por personas del mismo sexo, la Corte ya ha tenido la oportunidad de fijar las pautas que rigen su reconocimiento. En efecto, en la sentencia C-336 de 2008 se resaltó la importancia de este beneficio, como parte integrante de las estrategias de previsión social, y enseguida se advirtió que aunque éste tiene un carácter prestacional, el mismo adquiere naturaleza de derecho fundamental cuando a través de él se materializan otros valores constitucionales. A partir de esto, este tribunal explicó los límites adscritos a la actividad legislativa en la materia y efectuó especial énfasis en el principio de universalidad, conforme al cual *“la cobertura en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin*



*discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc”¹⁶, es por lo anterior que la corte concluye en la sentencia C336 de 2008 “para acceder a la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional las parejas permanentes del mismo sexo deben acreditar dicha condición en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales”¹⁷, esta mirada siempre se da desde la igualdad y la no discriminación que durante varios años esta Corte a tratado de brindar a las personas que hacen parte de nuestro país con el fin de hacer valer nuestro **estado social de derecho** que construimos en nuestra constitución de 1991 y que es la defensa principal de derechos como la igualdad, la no discriminación y es por ello que la conclusión en la cual se ha mantenido la Corte es: A partir de esto la Corte sentenció lo siguiente: “*con el fin de remover la citada situación, contraria a la Constitución, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género. Cabe recordar, que a la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales*”¹⁸.*

¹⁶ T- 1241 de 2008

¹⁷ C- 336 de 2008

¹⁸ T- 1241 de 2008



En este estado la Corte Suprema de Justicia para el tema de pensión de sobreviviente para parejas del mismo sexo, ha sido un poco más conservador y un poco más positivista con las leyes vigentes ya que no realiza hermenéutica, y en ocasiones no cuenta con que la sociedad evoluciona constante y sustenta sus fallos generalmente en que falta el agotamiento de los recursos ordinarios,¹⁹ o también indicando que en “reiteradas ocasiones que la acción de tutela únicamente procede cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial salvo que se acuda a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”²⁰.

El Consejo de Estado, por su parte tiene ideas más liberales y muy similares a las de la Corte Constitucional y se basa en muchos de los pronunciamientos de las misma y se basa en sentidos amplios de interpretación judicial de la constitución como por ejemplo “*compañeros permanentes e incluso parejas del mismo sexo no podrán ser excluidos de la pensión de sobrevivientes de los miembros de la fuerza pública. Se determinó que, el derecho a la pensión de sobrevivientes debe acoger el concepto amplio de familia, que reconoce la conformación de ese núcleo incluso, sin la existencia de una unión civil formal, incluyendo a las de parejas del mismo sexo*”²¹

Como dato curioso sobre este tema de análisis es importante mencionar uno de los últimos señalamientos que se han realizado en el país sobre este tema: El Noticiero CM& del Canal UNO de la Televisión Nacional de Colombia el pasado Jueves 13 de Octubre del año 2016, transcripción que actualiza sobremanera estos escritos aquí presentados: “*La Corte*

¹⁹ Sentencia del Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Bogotá, del 14 de mayo de 2014 (Folio 145, cuaderno 3)

²⁰ Juzgado Veinticuatro Penal Municipal de Medellín de dos de marzo de 2009

²¹ http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_fffe78128add60174e0430a0101510174 (sentencia 2003-01297 de 12 de junio de 2014)



Constitucional prácticamente decidió ya adoptar una posición que beneficiará a todas las viudas del país. Todo indica que la Corte fallará a favor una demanda que podría tumbar la norma que prohíbe a las mujeres tener pensión de viudez cuando se casasen después de enviudar.

Se trata del artículo 62 de la Ley 90 de 1946, la cual advierte que «la pensión de viudez cesará cuando la viuda contraiga nuevas nupcias».

Para los demandantes, la norma, expedida hace 70 años, viola el derecho al desarrollo a la personalidad y a la seguridad social en pensiones, argumentos que comparte el ponente Alejandro Linares, quien pide tumbar ese artículo porque dice: «Esa condición para la pensión de viudez es discriminatoria e injustificada, contra las mujeres que deseen conformar una familia de nuevo».

En la ponencia se advierte que los estímulos «económicos que tienden a limitar el estado civil de las personas son una intromisión a la autonomía personal y a la libertad de conformar una familia, mediante la condición de permanecer viuda»²².

Luego de establecer la historia de la seguridad social en Colombia, es importante mencionar a la par la historia de la pensión en Colombia y como fue su inicio.

Es por lo anterior, que se tomo como referencia para esta investigación el trabajo de grado de DIANA PAULINA NARANJO ZULUAGA con título “LOS REGÍMENES PENSIONALES ESPECIALES Y EXCEPTUADOS FRENTEAL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005”, para analizar y complementar desde todos los puntos de vista los antecedentes de la pensión.

²² Noticiero CM& del Canal UNO de la Televisión Nacional de Colombia el Jueves 13 de Octubre de 2016



La Constitución de 1886 en la cual se proclamó la República de Colombia y se dió a conocer el Ejército Nacional de Colombia y al mismo tiempo, se comenzó hablar acerca de la obligación de respetar sus derechos de acuerdo a ese estatus nuevo que se les dió en la constitución, justo con ellos (militares) es que nacen las llamadas **recompensas militares** que eran una cantidad de dinero determinado que se entregaba solo una vez a los miembros del ejército y de la armada de la República de Colombia como un premio de actos de valentía ejecutados en servicio a la patria y sufrían: muerte, heridas o invalidez en batalla; lo anterior equivalía a dos años de sueldo en el caso de muerte y a un año si se trataba de invalidez; también existían los llamados **montepíos militares**, se establecieron como una institución de previsión con carácter mutual, la cual tenía como característica principal que su afiliación era totalmente forzosa y sus cotizaciones se realizaban para los oficiales del ejército y la marina por un valor de tres centavos por peso sobre el sueldo que tenían para la época y para los militares retirados, era totalmente voluntario y por su puesto, existía lo que era llamado la **pensión militar** se trataba de una cuota que se le entregaba al militar por toda su vida luego de su retiro de las filas de forma periódica:

“en atención al tiempo de servicios en la guerra de independencia o en guerras posteriores, en cuantías de $\frac{1}{4}$ de sueldo si se sirvió en filas 20 años, o $\frac{1}{2}$ de sueldo si el tiempo fue de 30 años; en ambos eventos se requería de la participación en dos campañas, en cuyo caso el tiempo se computaba el doble”²³

23

<https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/89/TRABAJO%20DE%20GRADO%20FINAL.pdf?sequence=1>



La **pensión militar** se brindaba principalmente a las viudas, los hijos menores de edad, y las mujeres que se mantuvieran célibes, con la condición que el afiliado principal hubiere contribuido por lo menos dos años antes de su fallecimiento a este “sistema pensional”, mientras que los **montepíos militares** tenía como característica una cantidad de dinero mensual que se exigían por muerte de la viuda, cuando los hijos varones cumplían la mayoría de edad y cuando las mujeres se casaban.

Gracias a la ley 71 del mismo año, se realiza unificación el régimen de retiro, pensión y recompensa para los miembros del ejército y al mismo tiempo se establece como condición para ello, que para entregar esta prestación, el militar debía llevar por lo menos 25 años de servicio activo y la pensión aumenta $\frac{1}{2}$ del sueldo, más el 4% por cada año que excediera de los 25 años de servicio sin pasarse de 100 pesos, y la recompensa solo se entregaba por muerte en batalla o acciones de guerra y esta era el valor del sueldo de dos años.

Es importante tener presente que los soldados y suboficiales solo podían adquirir estos beneficios pensionales por heridas recibidas en acciones de guerra.

En la ley 75 de 1925, se fundó la “Comisión de sueldos de retiro”, entidad encargada de cubrir las pensiones de los oficiales del ejército; la entidad se financió con un aporte del 3% de los oficiales activos, más una subvención del tesoro público.

Hasta este momento de la historia los militares y la marina eran tratados de la misma manera hasta la ley 105 de 1936 donde la marina creó su propia caja de previsión

La ley 55 de 1938, crea el subsidio militar, donde su característica principal es la cancelación directa por la caja de previsión a la que se pertenezca, se le entrega a los militares



que cumplan con ser casado o viudo, con hijos que dependan directamente. La prestación inicialmente se otorgaba en un 8% por el hecho del matrimonio y un 15% cuando se tenían hijos dentro de este.

La ley 100 de 1946, realizó la unificación del régimen de carreras de todas las fuerzas y se fusionaron todas las cajas de sueldos de retiro, con la expedición del decreto 0240 de 1952, desde entonces existe una entidad única de previsión para el pago de las prestaciones económicas de las fuerzas militares; conocida actualmente como la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES desde su creación ha sido administrada y dirigida por militares en uso de buen retiro.²⁴

Es por lo indicado, que es importante conocer acerca de CREMIL y CASUR que son las entidades encargadas de las pensiones militares y de policía.

El CREMIL (CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES), ésta es la caja encargada de el pago de las llamadas asignaciones de retiro para: oficiales, suboficiales y soldados profesionales de las Fuerzas Militares y a su vez se encarga de las sustituciones pensionales y pensiones de sobreviviente que correspondan, se encarga también de la creación de políticas y planes generales en materia de seguridad y previsión social, realizan campañas y programas de bienestar social a favor de sus afiliados.²⁵

²⁴

<https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/89/TRABAJO%20DE%20GRADO%20FINAL.pdf?sequence=1>, desde la página 21 a la 24

²⁵ <http://www.cremil.gov.co/?idcategoria=26>



La CASUR (CAJA DE SUELDO DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL) , ésta caja se encarga actualmente de reconocer y pagar las asignaciones de retiro a: oficiales, suboficiales, personal del nivel ejecutivo, agentes y demás estamentos de la Policía Nacional, que cumplan con los requisitos para tener derecho igual que el CREMIL, se encarga de la sustitución pensional, pensión de sobreviviente y reconocimiento de beneficiarios, y diseña programas de bienestar social orientados a mejorar la calidad de vida de sus afiliados, beneficiarios y de sus funcionarios.²⁶

Hoy día la pensión militar tiene el nombre de **asignación de retiro** que lo que quiere decir, es el dinero pensional que se le entregará al militar y/o policía que al cumplir los requisitos pensional y tiempo de servicio, podrá recibir con características como: cargo con el que se retiro, tiempo de servicio, entre otros. (se regulo con el Decreto 991 del 15 de Mayo de 2015).

Ya para terminar estos antecedentes la pensión *“Es una prestación económica que reciben mensualmente los trabajadores, dependientes o independientes, en el momento de su retiro laboral con base en los aportes que hicieron a un fondo de Pensión Obligatoria durante su vida laboral.”*²⁷

²⁶ <https://www.casur.gov.co/objetivos-y-funciones>

²⁷ <https://www.proteccion.com/wps/portal/proteccion/web/home/proteccion-conecta/consumidor-financiero/informacion-productos-servicios/obligatorias/que-es-pension>



7. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El presente proyecto comprende el análisis objetivo de las discrepancia o “choque de trenes” entre las Altas Cortes Colombianas (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), que se da sobre la pensión compartida cuando hay o no, simultaneidad de convivencia ya que existe cónyuge supérstite (nunca se realizó un divorcio o cesación de efectos civiles) y compañera (o) permanente (con la que convivió varios años antes del fallecimiento del causante), sin pretender buscar un descrédito de ninguna entidad oficial o Alta Corte, por cuanto enfocamos la investigación y el análisis de forma pro-activa para lograr un resultado meramente jurídico interpretativo, el cual podría servir, a quienes lo analice, para deducir sus propias conclusiones sobre el tema de investigación que analizaremos.

Los fallos de las Altas Cortes tienen discrepancia en cuanto al derecho que le debe corresponder tanto al cónyuge supérstite, como a la compañera (o) permanente cuando hay coexistencia de sociedad conyugal (nace a la vida jurídica en el momento del matrimonio) y sociedad patrimonial (nace a la vida jurídica cuando hay unión marital de hecho durante dos años seguidos de convivencia sin interrupción).

Dependiendo cuál de las tres Altas Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), es la que le corresponde el caso determinado, basa su respuesta o decisión interpretando la ley (a su saber) y realizando hermenéutica jurídica de las leyes actuales de pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional (a su saber), donde una de las cortes indica que si hay sociedad conyugal vigente solo la cónyuge tiene derecho a la pensión (100%), donde la otra, indica que por cumplimiento de requisitos les corresponde 50 y 50 % de la pensión a



cada una de las partes que hacen parte del conflicto y donde la otra corte indica que por cumplimiento de requisitos les corresponde el porcentaje de pensión dependiendo del tiempo de convivencia con el causante (o pensionado).

El presente proyecto pretende ser un documento para reflexionar, para analizar y entender cuáles son las bases de interpretación jurídica de las Altas Cortes sobre este tema en específico y poder establecer si este choque de trenes es o puede llegar a hacer una inseguridad jurídica que afecta lo que hoy conocemos como: **Estado social de derecho**.

CAPÍTULO III

8. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuál es la discrepancia en materia laboral entre las altas cortes por la pensión compartida cuando hay coexistencia de cónyuge supérstite y compañero (a) permanente?



CAPÍTULO IV

9. JUSTIFICACIÓN

El presente análisis tiene como tema principal la pensión compartida cuando existen cónyuge supérstite y compañero (a) permanente, sin importar si se presenta o no convivencia simultánea; esta es una problemática actuales que tiene el país ya que no se tiene una claridad precisa sobre a quién le corresponde esta pensión y que llegado el momento podría afectar a familias enteras (su economía- bienestar- salud-protección- etc), ya que la pensión es un derecho adquirido y sus beneficiarios debido a la muerte de este pensionado puede correr riesgo de no recibir ese sustento económico que hasta ahora habían recibido.

Al realizar los antecedentes investigativos de la pensión en Colombia que poco a poco en la historia ha avanzado y se ha podido establecer de una manera responsable este sistema que hoy día nos cobija y que en la vejez es la colaboración para una familia, también ha pasado por momentos un poco impactantes cuando se comienza una lucha de algunas minorías para que sean valederos sus derechos como las parejas del mismo sexo en este mismo tema y que ha hecho que el país reaccione positivamente y negativamente al respecto, pero que al final las Altas Cortes han tratado de proteger invocando derecho fundamentales como son: la igualdad – la no discriminación – libre desarrollo de la personalidad – la dignidad humana, entre otros más.

El principal aporte del presente trabajo es el rastreo de las sentencias y diferentes pronunciamientos que han realizado las Altas Cortes de Colombia (Corte Constituciones, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), porque entre ellas existen discrepancia en torno a la



pensión compartida cuando hay coexistencia de cónyuge y compañera (o) permanente, ya que cada una de ellas asume un papel diferente a la hora de fallar.

Los resultados que se obtengan de este análisis jurídico serán de utilidad para la formación de los estudiantes de derecho de la Universidad de Manizales y de otras universidades, porque se enteraran de este choque de trenes que a diario se ven en nuestras relaciones jurídicas problemática vigente y de prevalencia en el tiempo actual.

CAPÍTULO V

10. MARCO CONCEPTUAL, JURÍDICO Y NORMATIVO

A. CONCEPTUAL:

Sustitución Pensional: *“La sustitución pensional surge cuando el fallecido ya había accedido a la pensión, es decir, estaba pensionado.*

Como el fallecido ya estaba pensionado, y estaba recibiendo su mesada pensional, al fallecer existe una sustitución del beneficiario, donde el beneficiario fallecido es sustituido por el beneficio que le sobrevive.

En este caso hay un derecho adquirido y en pleno gozo que ante el fallecimiento del titular el derecho, este pasa a un nuevo beneficiario; uno ocupa el lugar de otro y de allí en nombre de sustitución.”²⁸

Pensión de sobreviviente: “Es la prestación que se reconoce a los beneficiarios cuando fallece el pensionado o afiliado”²⁹, pero teniendo claro que aun no estaba pensionado al

²⁸<https://www.gerencie.com/que-diferencia-hay-entre-sustitucion-pensional-y-pension-de-sobrevivientes.html>



momento del fallecimiento; esta prestación legalmente puede ser reconocida a la/el cónyuge, hijos menores de edad, hijos interdictos, compañeros (as) permanentes, cumpliendo con algunos requisitos importantes como una convivencia, socorro mutuo, entre otros. (Ley 100 de 1993 y modificación Ley 797 de 2003).

El anterior tema, es de gran importancia debido a que tiene bases constitucionales como es: **La seguridad social** “*ARTÍCULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca.....*”³⁰, y al no tener claro quien verdaderamente le corresponde ser el beneficiario de la pensión se pueden estar violando **derechos fundamentales** “Son los derechos humanos o los derechos constitucionales de los individuos. Hacen referencia especialmente a los derechos vinculados con la dignidad humana.”³¹, como la vida, la salud y un principio como la **dignidad humana** que está protegido especialmente en el “*ARTÍCULO 1º. Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*”³², que es en pocas palabras una protección que se da a los individuos de una sociedad garantizando un ingreso constante en caso de vejez, enfermedad, invalidez, accidente,

²⁹ <http://www.ugpp.gov.co/prestaciones-economicas/pension-sobrevivientes.html>

³⁰ Constitución Política de Colombia

³¹ https://wiki.umaic.org/wiki/Derecho_fundamental

³² Constitución Política de Colombia



maternidad, muerte, etc, para de esta forma poder vivir y cubrir los gastos que se generen por su nueva condición.

Esta investigación específica está basada en el caso de que la muerte llegue a un pensionado y tenga beneficiarios los cuales son los que tienen este derecho de reclamar la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional con el agravante que al momento de la reclamación existe legalmente dos personas con el título de beneficiarias una por ser cónyuge y la otra (o) por ser compañero (a) permanente.

Es por lo anterior, que se debe explicar que es **cónyuge** “*esposo o esposa de una persona*”³³, esto quiere decir que realizaron un matrimonio y **compañero (a) permanente** es: *El que integra una Unión Marital de Hecho; está formada por un hombre y una mujer y/o personas del mismo sexo, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida*³⁴.

La discrepancia que se da en la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional es porque no se ha determinado en la realidad jurídica a quien le corresponde este derecho si hay coexistencia de cónyuge o compañero (a) permanente y teniendo o no, convivencia simultánea; son las Altas Cortes de

Colombia las que están a cargo de estos fallos tan polémicos y que a su vez están creando derechos por medio de la **jurisprudencia** “conjunto de las sentencias de los tribunales”³⁵.

Las llamadas Altas Cortes en Colombia son: **Corte Constitucional** “La Corte es un organismo perteneciente a la rama judicial del Poder Público y se le confía la guarda de la

³³ <https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3nyuge>

³⁴ <http://www.elmundo.com/porta/pagina.general.impresion.php?idx=2774>

³⁵ <http://definicion.de/jurisprudencia/>



integridad y supremacía de la Carta Política”³⁶, esta corte en pocas palabras es la encargada de proteger la constitución política y los derechos que allí están, tiene sus funciones definidas en el artículo 241 de C.P.C “1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación. 3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización. 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. 5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación. 6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.....”, está también la **Corte Suprema de Justicia** que es: La más alta instancia”³⁷judicial de la jurisdicción ordinaria en la República de Colombia, en cuanto a lo civil, laboral y penal³⁸, tiene sus funciones definidas en el artículo 235 de C.P.C “1. Actuar como tribunal de casación. 2. Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho

³⁶ <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/>

³⁷ Constitución Política de Colombia

³⁸ https://es.wikipedia.org/wiki/Corte_Suprema_de_Justicia_de_Colombia



*punible que se les impute, conforme al artículo 175 numerales 2 y 3. 3. Investigar y juzgar a los miembros del Congreso. 4. Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y jefes de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen.....”³⁹, y por último está el **Consejo de Estado** “ Es la máxima autoridad de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y cuerpo supremo consultivo del gobierno”⁴⁰ y tiene las siguientes funciones “1. Desempeñar las funciones del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley. 2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional. 3. Actuar como cuerpo supremo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen. 4. Preparar y presentar proyectos de actos reformativos de la Constitución y proyectos de ley. 5. Conocer y decidir de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas.”⁴¹.*

³⁹ Constitución Política de Colombia

⁴⁰ https://es.wikipedia.org/wiki/Consejo_de_Estado_de_Colombia

⁴¹ https://es.wikipedia.org/wiki/Consejo_de_Estado_de_Colombia



B. JURÍDICO:

Las normas principales de la investigación son:

- a. Ley 100 de 1993 Sistema de Seguridad Social Integral
- b. Su modificación la Ley 797 de 2003 reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones.

- c. La Constitución Política de Colombia:

“Artículo 48: La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.”⁴²

⁴² <http://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/constitucio-politica-colombia-1991.pdf>



JURISPRUDENCIAL: Esta investigación se basará principalmente en sentencias de cada una de las Altas Cortes de Colombia, donde se visualiza con claridad su postura en el caso particular que se está analizando, sin dejar atrás otras sentencias como apoyo.

DOCTRINAL: En cuanto a esta parte, no será utilizada ya que la base principal de la investigación y análisis es basada en sentencias ya establecidas de las Altas Cortes que no tiene discusión en cuanto autores sobre esos temas es más la investigación positivizada ya en sentencias sin lugar a doctrina (ya que es un choque de trenes)

C. NORMATIVO

CONSEJO DE ESTADO:

Cuando hay convivencia simultánea el Consejo de Estado asume una postura indicando que: tanto para el/la cónyuge y compañero (a) permanente les merece el 50 y 50 % de la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional porque lo importante no es el vínculo sino el criterio material de convivencia, esto quiere decir, que para obtener la pensión en este caso específico, debe cumplir con lo indicado en la Ley de convivencia ininterrumpida los últimos 5 años de vida del pensionado; es por lo anterior, que si en el caso contrario, no hay convivencia simultánea sino solo de una de las partes como es con el compañero (a) permanente y lo puede demostrar le merece el 100% de la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional, sin importar que haya sociedad conyugal vigente con la/el cónyuge.

- **Parejas del mismo sexo:** Las parejas homosexuales para esta corte tienen los mismos derechos al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional, en los mismos términos que las parejas heterosexuales.



CORTE CONSTITUCIONAL:

Para esta Corte cuando existe simultaneidad de convivencia entre cónyuge y compañero (a) permanente les corresponde el 50 y 50% de la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional a las dos partes, para de esta forma no vulnerar derechos fundamentales; y cuando no hay simultaneidad de convivencia la Corte indica que la pensión debe estar repartida dependiendo del tiempo de convivencia que cada una de las partes tuvo con el causante antes de su muerte y es así, como para cada una de las partes le corresponde un %.

- **Parejas del mismo sexo:** Para esta corte, es muy sencillo su pronunciamiento por que para ella las parejas homosexuales tienen los mismos derechos que las parejas heterosexuales es por ello que la parte pensional – matrimonial y de compañeros permanentes es igual en cuanto a forma, aplicación e importancia, como en las parejas heterosexuales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

Para esta Corte, es totalmente claro que haya o no simultaneidad de convivencia entre cónyuge y compañera (o) permanente mientras esté vigente la sociedad conyugal la única parte que tendrá derecho al 100% de la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional será el o la cónyuge del causante.

- **Parejas del mismo sexo:** Para esta corte las parejas del mismo sexo tienen los mismos derechos que las parejas heterosexuales ya que las altas cortes siempre lo han defendido así, ya que son derechos constitucionales como son la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad; lo único que indican al respecto es que allá o no



simultaneidad de convivencia es la/el cónyuge quien tendrá el derecho de la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional porque esto da como resultado la sociedad conyugal vigente que se creó en el vínculo matrimonial.



CAPÍTULO VI

11. HIPÓTESIS Y CATEGORÍA DE ANÁLISIS

11.1. HIPÓTESIS

Existe una vulneración y/o violación a principios y derechos fundamentales debido a esta discrepancia entre las Altas Cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), respecto a la interpretación y/o aplicación de la norma pensional de sobreviviente y/o sustitución pensional establecida en la Ley 100 de 1993 y su modificación en la ley 797 de 2003, cuando hay una coexistencia de cónyuge y compañera (o) permanente, con o sin convivencia simultánea.

11.2. CATEGORÍAS DE ANÁLISIS

- Jurisprudencia Consejo de Estado
- Jurisprudencia Corte Constitucional
- Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia
- Constitución Política de Colombia
- Ley 100 de 1993
- Ley 797 de 2003



CAPITULO VII

12. OBJETIVO GENERAL Y OBJETIVOS ESPECÍFICOS

12.1.OBJETIVO GENERAL

Establecer claramente cuál es la posición de cada una de las Altas Cortes de Colombia acerca de la pensión compartida cuando hay coexistencia de cónyuge y compañero (a) permanente.

12.2.OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Descubrir qué elementos jurídicos subyacen detrás de la redacción de la Ley y la toma de decisiones que lleven a los magistrados o jueces o funcionarios estatales del sector laboral y pensional a entrar en discrepancia.
2. Fundamentar todo lo anterior para poder dejar una enseñanza legal acerca del funcionamiento de la pensión compartida, sus elementos y su interpretación dependiendo de la línea jurídica que se tome (como si va a la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia o Consejo de Estado)
3. Ubicar el momento crítico de la Justicia que llevó a la crisis de las discrepancias con perjuicio de los beneficiarios.



CAPÍTULO VIII

13. METODOLOGÍA

Este análisis investigativo se basa en una técnica llamada cualitativa “este método se apoya en describir de forma minuciosa, eventos, hechos, personas, situaciones, comportamientos, interacciones”⁴³, este método es descriptivo y es lo que se busca en este tipo de análisis socio jurídicos ya que se describirá la postura de cada una de las Altas Cortes en cuanto al tema de pensión compartida cuando existe cónyuge supérstite y compañera (o) permanente, con o sin convivencia simultánea; teniendo como punto de partida una ley que muestra sus requisitos y su aplicación; “es decir que busca la significación de las cosas, además es explicativo y exploratorio”⁴⁴, que es lo que se quiere concluir por qué se puede contestar la pregunta si este “choque de trenes” puede entenderse como inseguridad jurídica por parte de los tres órganos jurídicos y “legislativos” más importantes de Colombia.

También tiene una metodología inductiva, que significa que “es aquel método científico que alcanza conclusiones generales partiendo de hipótesis o antecedentes en particular”⁴⁵, esto quiere decir, que partimos de las posturas de cada una de las Altas Cortes hasta llegar a una conclusión general que indicará cual será la mejor postura según la investigación realizada para respetar la norma pensional y que solo una sea su interpretación.

- Es importante mencionar que el enfoque de esta investigación es eminentemente teórico.

⁴³ <http://conceptodefinicion.de/metodo-cualitativo/>

⁴⁴ <http://conceptodefinicion.de/metodo-cualitativo/>

⁴⁵ <http://conceptodefinicion.de/metodo-inductivo/>



CAPÍTULO IX

14. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Es una investigación cualitativa, toda vez que parte de una realidad particular (casos específicos de investigación) y general (porque puede pasar a cualquier persona que cotice a pensión), como es el tema de la pensión compartida esto quiere decir, la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional que le corresponde a la cónyuge o compañera (o) permanente cuando hay coexistencia de las dos sociedades (conyugal y patrimonial), todo esto a partir de las diferentes formas de fallar en este caso específico de las Altas Cortes de Colombia, es por ello, que la forma de conseguir información es de un análisis inductivo de las sentencias.

CAPÍTULO X

15. MÉTODO / ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

El método de la investigación es eminentemente teórico, con un enfoque socio jurídico – laboral.

16. POBLACIÓN Y MUESTRA

Análisis de la jurisprudencia emanada por las Altas Cortes, alusivas al tema de pensión compartida (cónyuge – compañera (o) permanente) y parejas del mismo sexo.



17. FUENTES DE INFORMACIÓN PRIMARIA Y SECUNDARIA

Fuentes primarias: Jurisprudencias de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

Fuentes secundarias: La constitución, leyes y/ normas, artículos, documentos, textos.

18. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

- Revisión documental de la jurisprudencia de las Altas Cortes Colombianas y conceptos jurídicos.

-

19. DEPURACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN

- Selección de la jurisprudencia de las Altas Cortes Colombianas (Consejo de Estado, Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia)
- Revisión documental de leyes y de conceptos jurídicos
- Análisis desde lo socio jurídico de las sentencias y demás información del caso concreto de investigación



CAPÍTULO XI

20. CRONOGRAMA

NÚMERO DE ACTIVIDADES	AÑO	FECHA	ACTIVIDAD
1	2016	AGOSTO	ESCOGER Y ANALIZAR EL TEMA
2	2016	OCTUBRE	BUSCAR INFORMACIÓN
3	2016	NOVIEMBRE	CONSTRUCCIÓN DEL ANTEPROYECTO
4	2016	DICIEMBRE	REVISIÓN ANTE PROYECTO POR EL ASESOR
5	2017	ENERO	COMPLEMENTO DE ANTEPROYECTO
6	2017	FEBRERO	RECOLECCIÓN DE MÁS INFORMACIÓN
7	2017	MARZO	ENTREGA ANTE PROYECTO EN LA FACULTAD DE DERECHO
8	2017	ABRIL	ELABORACIÓN DE LA TESIS
9	2017	MAYO	INVESTIGACIÓN TESIS
10	2017	JUNIO	INVESTIGACIÓN TESIS
11	2017	JULIO	REVISIÓN TESIS ASESOR Y ENTREGA A LA FACULTAD DE DERECHO
12	2017	AGOSTO – NOVIEMBRE	CORRECCIÓN DE LA TESIS Y SUSTENTACIÓN DE LA TESIS



CAPÍTULO XII

21. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

21.1. INVESTIGACIÓN

En este capítulo se darán a conocer los resultados obtenidos a partir de la revisión de jurisprudencias.

A continuación, se hará una síntesis de los principales pronunciamientos hechos por las Altas Corte de Colombia respecto a la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional cuando hay coexistencia de sociedad conyugal (cónyuge) y sociedad patrimonial (compañero (a) permanente).

CORTE CONSTITUCIONAL

- Sentencia T-164 DE 2016

Magistrado Ponente: ALEJANDRO LINARES CANTILLO

SÍNTESIS: 1. “Caso T-5240941. La señora Soledad Barrera de Bernal interpuso acción de tutela contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -en adelante UGPP-, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la seguridad social, a la dignidad humana y al mínimo vital, como consecuencia del acto administrativo, que modificó la resolución mediante la cual se había reconocido la sustitución pensional a favor de la accionante, en calidad de cónyuge del causante y, en su lugar, suspendió el reconocimiento y



*pago del derecho pensional*⁴⁶, por existir otra reclamación por parte de la compañera permanente del causante.

2. *“Caso T-5256988. La señora Berta Marín de Jaimes interpuso acción de tutela contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y al debido proceso administrativo, como consecuencia de los actos administrativos, mediante los cuales se negó el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro que reclamó la accionante, en calidad de cónyuge del causante”*⁴⁷, porque ya había reconocido la pensión a la compañera permanente del causante.

INVESTIGACIÓN: 1. *“la acción de tutela procede, como mecanismo de protección transitoria, para ordenar el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, en razón a que, el juez constitucional (i) advierte que la suspensión de la prestación viola derechos fundamentales, especialmente, de un sujeto que goza de una protección constitucional reforzada, por su avanzada edad y/o estado de salud”*⁴⁸.

2. En el primer caso, no hubo convivencia simultanea es así como por tiempo de convivencia de cada una de las partes se les dará el % que corresponde a la cónyuge y la compañera permanente y en el segundo caso, se presentó convivencia simultanea es por ello que las dos partes les corresponde el 50 y 50% de la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional.

3. Estas decisiones de la corte constitucional se dan siempre en protección de los derechos fundamentales y es por ello, que son transitorias, porque realmente quienes tienen la última

⁴⁶ Sentencia T-164 DE 2016

⁴⁷ Sentencia T-164 DE 2016

⁴⁸ Sentencia T-164 DE 2016



palabra en su fallo es la parte labora / administrativa; por ejemplo, el primer caso en el que se habla en la sentencia T-164 de 2016 los que toman la última decisión es la parte laboral/administrativa (hay dos pensiones en juego) y en el segundo caso, la parte administrativa es la instancia definitiva que indicara como quedara la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional para cada una de las partes ya que la tutela no es la manera idónea jurídicamente que puede definir este tema “pensional”.

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia SU214/16

SÍNTESIS: Son varios casos en los que la corte constitucional interviene para indicar que los derechos que tienen las parejas del mismo sexo son los mismos que tienen las parejas heterosexuales.

INVESTIGACIÓN: 1. *“en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales”*⁴⁹

1. “la jurisprudencia constitucional ha reconocido derechos para las **parejas del mismo sexo**”⁵⁰
2. *“de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición*

⁴⁹ SU 214 DE 2016

⁵⁰ SU 214 DE 2016



*sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja*⁵¹, esta parte es de la sentencia C 336 de 2008

3. En esta sentencia de unificación, se muestra que las parejas del mismo sexo tienen los mismos derechos que las parejas heterosexuales en cuanto a matrimonio - pensión de sobreviviente - sustitución pensional - unión marital-patrimonio, que es el tema principal de investigación.

CONSEJO DE ESTADO

Sentencia 2410-2004

Magistrado Ponente: JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

SÍNTESIS: *“El problema jurídico a resolver consiste en determinar la legalidad de las resoluciones Nos. 0231 del 27 de enero de 1997 y 1399 de 17 de abril de 1997, por las cuales el Director de la Caja de Sueldos de la Policía Nacional suspendió, con fundamento en el artículo 146 del decreto 1213 de 1990, el trámite del 50% del total de la prestación que devengaba el extinto Agente (...), a la espera de que el juez defina si debe otorgársele a la esposa, la demandante (...), o la sediciente compañera permanente, la recurrente (...).*

Argumentó la entidad al suspender el trámite del reconocimiento de la sustitución pensional que al proceso se allegan declaraciones de terceros que manifiestan convivencia del causante tanto con su cónyuge como con quien comparece como compañera permanente.

Afirma la entidad demandada en la Resolución No. 0231 del 27 de enero de 1997, que de acuerdo con un fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia, el factor determinante para

⁵¹ SU 214 DE 2016



establecer qué persona tiene derecho a la sustitución de la asignación de retiro es aquella que acredite el compromiso de apoyo y comprensión mutua existente de pareja al momento de la muerte”⁵².

INVESTIGACIÓN: 1. *“Bajo un criterio de justicia y equidad y en consideración a que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, habiéndose acreditado una convivencia simultánea con la esposa y la compañera permanente, se resuelve el conflicto concediendo la prestación en partes iguales entre la cónyuge y la compañera permanente, con quienes convivió varios años antes de su muerte compartiendo lo que recibía a título de asignación mensual de retiro”⁵³.*

2. *“El derecho a la pensión de jubilación tiene como objeto no dejar a la familia en el desamparo cuando falta el apoyo material de quienes con su trabajo contribuían a proveer lo necesario para el sustento del hogar. El derecho a sustituir a la persona pensionada o con derecho a la pensión obedece a la misma finalidad de impedir que sobrevinida la muerte de uno de los miembros de la pareja el otro no se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales”⁵⁴.*

3. *“derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supervivientes y compañeros (as) permanentes porque, siendo la familia el interés jurídico”⁵⁵ (cuando hay convivencia simultánea).*

52 Sentencia 2410-2004

53 Sentencia 2410-2004

54 Sentencia 2410-2004

⁵⁵ Sentencia 2410-2004



5. *“sustitución pensional entre compañeros permanentes, es importante reconocer que la Constitución Política le ha reconocido un valor significativo y profundo a la convivencia, al apoyo mutuo y a la vida en común, privilegiándola incluso frente a los rigorismos meramente formales”*⁵⁶ (como el matrimonio y/o sociedad conyugal)

CONSEJO DE ESTADO

Radicación: 11001-03-25-000-2010-00236-00(1974-10)

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

SÍNTESIS: En este caso particular se basa en la solicitud que hace una persona al Gobierno para que le paguen la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional de su compañero permanente siendo los dos hombres (causante y demandante) y teniendo en cuenta la existencia de vínculo matrimonial.

INVESTIGACIÓN: 1. *“cuando hay conflicto entre la compañera permanente y la cónyuge supérstite, en razón de la convivencia simultánea con el pensionado, el criterio para establecer la titularidad del derecho a la sustitución pensional, se funda en el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte. Se explicó en la citada providencia que cuando se acredita la convivencia simultánea no se justifica dar un trato diferente a la cónyuge y a la compañera permanente pues concurre el elemento material de*

⁵⁶ Sentencia 2410-2004



convivencia y apoyo mutuo, de manera simultánea, por voluntad propia del causante, en cabeza de la cónyuge y de la compañera”⁵⁷

2. *“En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”⁵⁸*

3. *“las garantías derivadas de la seguridad social no solo comprenden a las parejas heterosexuales unidas por vínculos jurídicos –matrimonio- o naturales -unión libre-, sino que en el caso de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes también están incluidas “las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007_ para las parejas heterosexuales”⁵⁹*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sentencia SL4200-2016 Radicación No. 47848

Magistrado Ponente: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

⁵⁷ Radicación: 11001-03-25-000-2010-00236-00(1974-10)

⁵⁸ Radicación: 11001-03-25-000-2010-00236-00(1974-10)

⁵⁹ Radicación: 11001-03-25-000-2010-00236-00(1974-10)



SÍNTESIS: *“Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 12 de mayo de 2010, en el proceso seguido por MARTHA ROSA LEYVA ORTÍZ Contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES”⁶⁰; teniendo en cuenta que la accionante era la compañera permanente del causante y que él a su vez estaba casado con sociedad conyugal vigente con otra persona.*

INVESTIGACIÓN: 1. La compañera permanente tiene derecho a la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional porque la ley así lo considera. 2. Si el causante tenía compañera (o) permanente, pero estaba casado con sociedad conyugal vigente, solo el cónyuge tiene derecho a la pensión de sobreviviente ya que es un vínculo legal que se encuentra activo al día del fallecimiento del pensionado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sentencia SL5524-2016 - Radicación n.º 59750

Magistrado Ponente: JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

SÍNTESIS: En este caso existe un compañero permanente del mismo sexo que el causante, pero no hay ningún tipo de cónyuge o sociedad conyugal vigente, y lo que se desea reclamar es la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional como compañero permanente.

INVESTIGACIÓN: 1. *“la condición de compañero (a) permanente no se adquiere por una declaración formal ante notario, ni por ninguna otra ritualidad, sino por el devenir cotidiano de*

⁶⁰ Sentencia SL4200-2016 Radicación No. 47848



la pareja que comparte su vida con la intención de conformar una familia por la voluntad responsable de hacerlo, en los términos del artículo 42 de la Constitución Política.”⁶¹

2. “En efecto, para acceder a la pensión de sobrevivientes las parejas del mismo sexo deben acreditar dicha condición en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007 para parejas

Heterosexuales”⁶²

21.2.CAUSAS QUE LLEVAN A LA DISCREPANCIA DE CONCEPTOS ENTRE LAS ALTAS CORTES DE COLOMBIA

Es importante mencionar que la causa básica por la cual las Altas Cortes de Colombia tienen diferencias en sus decisiones es debido a la línea jurisprudencial e interpretación que realizan de la ley debido a su hermenéutica jurídica, que cada una de ellas trae debido a su esencia dentro de su creación; esto quiere decir que cada una de las altas cortes se preocupa específicamente por unos pilares.

LA CORTE CONSTITUCIONAL: Su creación básica es defender los derechos fundamentales que se encuentran establecidos en la Constitución Política de Colombia, es por esto que ellos tomaran sus decisiones siempre en protección de estos derechos fundamentales sin desconocer la ley, pero primara siempre los derechos y su protección; es por lo anterior, que la interpretación de la ley para esta corte realiza esta basada principalmente en evitar la violación de derechos fundamentales que se pueden presentar al interpretar la ley o ejercerla.

61 Sentencia SL5524-2016 - Radicación n.º 59750

62 Sentencia SL5524-2016 - Radicación n.º 59750



EL CONSEJO DE ESTADO: Esta corte realiza la interpretación de la ley de una manera horizontal donde el Estado y la sociedad son su pilar principal con iguales condiciones y donde cada uno de ellos es representado por derechos fundamentales como son: la justicia (que la parte que representa el Estado, ya que es lo que se espera que haga) y la igualdad (es la parte que representa la sociedad, es lo que reclama y siempre busca) .

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Esta corte realiza la interpretación de la ley con su principal característica que es ser muy “estricta” ya que da poco o nada de espacio para interpretaciones/hermenéutica de la ley, es por ello que su línea jurisprudencial es basada en cómo fue escrita la ley (positiva).

Es por lo anterior, que si se analizan las causas de la discrepancia que se generan en la investigación que se esta desarrollando, es básicamente en que aun falta un poco más de conciencia de las Altas Cortes Colombianas al impartir justicia, ya que no están teniendo en cuenta temas como: las relaciones sociales – la realidad social y su evolución, para de esta forma interpretar la ley de una misma forma y sobre todo solucionar los conflictos desde el punto de vista del cambio social el cual nunca es lineal y el cual no se adapta a la ley sino que la ley se debe adaptar a él.



21.3. ANÁLISIS DE LAS DISCREPANCIAS ENTRE LAS ALTAS CORTES

COLOMBIANAS

CORTE CONSTITUCIONAL: Su posición es que si hay convivencia simultánea entre compañera (o) permanente y la/el cónyuge a las partes les corresponde 50 y 50 % de la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional y si no hay convivencia simultánea les corresponde el % de la pensión dependiendo del tiempo de convivencia que el fallecido o candidato a la pensión tuviera derecho.

Analizando lo anterior, se destaca que esta Corte realiza protección a las dos partes y reconoce de igual manera los derechos de los (as) solicitantes ya que para esta Corte los derechos fundamentales están por encima de todo y sea como sea todos tienen los mismo derechos por que son iguales ante la ley, es por ello que para este caso concreto se protegen derechos tan elementales como son: el mínimo vital en conexión directa con la vida, la salud, la dignidad humana, la seguridad social, entre otros; y dentro de todo ello esta la consigna de proteger económicamente a las personas que dependían económicamente del causante o fallecido y así evitar que sus familiares más cercanos queden desamparados sabiendo que es parte de sus derechos tener esta pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional.

CONSEJO DE ESTADO: Su posición es que si hay convivencia simultánea entre compañera (o) permanente y la/el cónyuge a las partes les corresponde 50 y 50 % de la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional y si no hay convivencia simultánea les corresponde el 100 % a la última convivencia si duro más de 5 años como lo indica la ley.



Analizando lo anterior, se destaca que esta Corte que tiene como principal argumento el criterio material de convivencia (o efectiva) teniendo en cuenta el auxilio o apoyo mutuo, la comprensión y la vida en común ininterrumpidamente durante los 5 años antes del fallecimiento del candidato a la pensión que indica la ley 100 de 1993 y su modificadorio 797 de 2003, esto quiere decir que esta corte tiene como principios bases el de igualdad (art.13) y justicia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Su posición es que si hay o no convivencia simultánea entre compañera (o) permanente y la/el cónyuge, solo por el hecho de haber sociedad conyugal vigente la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional será para la cónyuge del 100% en todos los casos.

Analizando lo anterior, se destaca de esta Corte que tiene como principal característica la importancia legal que implica no solo el matrimonio sino también lo que se conforma en él como es la sociedad conyugal vigente (bienes muebles, inmuebles y pensión.), tiene bases legales positivizadas en sentencias que esta vigentes en la actualidad como es: “sentencia CSJ SL, 12 dic. 2007, rad. 31613, reiterada en CSJ SL, 25 mar. 2009, rad. 34401; CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 37552; y CSJ SL, 24 sep. 2014, rad. 42102, HAY TRES CONDICIONES ESPECÍFICAS PARA QUE LA SALA ADMITA DAR A LA COMPAÑERA PERMANANTE LA PENSIÓN Y SON: 1) **Que no hubiere dejado cónyuge supérstite;** 2) Que el de cújus y su derecho habiente se mantuvieran solteros durante el concubinato; y 3) Que la reclamante hubiera hecho vida marital, durante los 3 años anteriores a la muerte de su compañero, a menos que hubieran procreado hijos comunes”⁶³

⁶³ Sentencia CSJ Radicado 31613



21.4. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD, JUSTICIA Y EQUIDAD

Estos principios son totalmente fundamentales para la función de la Seguridad Social en Colombia ya que dos de ellos hacen parte de los principios de la seguridad social en Colombia (pilares) como son la **Solidaridad** y la **Equidad**, y el tercero que es la **Justicia**, es lo que todo Estado y/o Gobierno quiere brindarle a su sociedad para así dar tranquilidad, equilibrio, paz, seguridad y protección a los derechos de las personas.

SOLIDARIDAD: Es dar mutuo apoyo a una persona para garantizar el acceso y sostenibilidad a los servicios de Seguridad Social en salud⁶⁴, en pocas palabras este principio tiene dos alcances que son lo social y lo económico.

- En cuanto a lo **social**, es por que tiene un carácter intergeneracional, esto quiere decir que llegado el momento protege a hijos, cónyuge, compañeros permanentes, hermanos y hasta padres⁶⁵ (siempre y cuando cumpla con los requisitos que establece la ley del Sistema General de Pensión)
- En cuanto a lo **económico**, es financiar el sistema de seguridad social, para que se sostenga y este siempre equilibrado.

EQUIDAD: Este principio consiste en garantizar el acceso al Plan de Beneficios a los afiliados⁶⁶, para ofrecer una protección en momentos difíciles como muerte – accidente – enfermedad, sin importar aspectos como el dinero, y factores externos como la raza, condición

⁶⁴

http://www.cali.gov.co/salud/publicaciones/52436/principios_del_sistema_general_de_seguridad_social_en_salud/

⁶⁵ <https://jorgemachicado.blogspot.com.co/2010/08/solidaridad.html>

⁶⁶

http://www.cali.gov.co/salud/publicaciones/52436/principios_del_sistema_general_de_seguridad_social_en_salud/



social, ocupación; teniendo como punto de partida el aporte que se realizó en el sistema para tener contraprestación de lo que aportó (iguales con iguales y desiguales con desiguales).

JUSTICIA: Cuando se habla de este principio se refiere a la justicia social, esto es derechos fundamentales a tener una protección especial (si cumple con los requisitos) para un determinado grupo de personas ya que tiene unas características innegables como son: menores de edad, edad avanzada, estado de salud deteriorado, dependencia económica, etc.

Estos principios se correlacionan así y por eso son tan importantes: 1. El derecho a una pensión, desarrolla el principio de **igualdad**, ya que me dan lo que necesito (sustento económico) en momentos que lo necesito debido a mi edad, al fallecimiento de la persona de la que dependía económicamente, por causa de un accidente, y el desarrollo de este principio indica que el pensionado, el sobreviviente se encuentre estable económicamente ya que no podrá laborar y tener su sustento diario (y el de su familia). 2. Este sistema pensional es **solidario** por que lo que en la juventud se paga para sostener los ya pensionados, más adelante realizara esto conmigo y 3. La **justicia** es lo que se busca cuando se recibe esta prestación social como pensionado (a) o como sobreviviente del pensionado.



21.5.DESARROLLO DE LOS CONCEPTOS: CRITERIO MATERIAL DE LA CONVIVENCIA Y EL CRITERIO FORMAL DEL VÍNCULO

- Para tener derecho a la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional, es claro que se tiene que tener claros estos dos conceptos de criterio material de convivencia y el criterio formal del vínculo ya que son la base principal del sustento jurídico de las Altas Cortes Colombianas para dar su fallo o sentencia al respecto.

- **CRITERIO MATERIAL DE CONVIVENCIA:** Se refiere a la convivencia activa que se presenta entre cónyuge o compañero (a) permanente, esto quiere decir que es la acción de estar permanentemente con una misma persona (dos o mas convivencias simultaneas), compartiendo no solo tiempo, espacio sino también apoyo mutuo, solidaridad, compañía. Por ejemplo de lo que se basa un Alta Corte:

- *“(…) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quien es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido”⁶⁷* Tomado de la Sentencia C-389 de 1996

⁶⁷ sentencia C-389 de 1996



- **CRITERIO FORMAL DEL VINCULO:** Este concepto se refiere básicamente al vínculo que existe o se crea al momento del matrimonio entre dos personas (heterosexuales u homosexuales) ya que le da el nacimiento a la sociedad conyugal (sociedad de bienes) que también da el derecho en algún momento por solo tener este vínculo a la pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional.

- Las altas cortes se basan principalmente en estos dos vínculos que si lo analizamos de una manera objetiva, tienen una gran importancia y relevancia a la hora de fallar acerca de a quien puede corresponderle una pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional (cónyuge o compañero (a) permanente) y es por ello, que al realizar la interpretación de la ley (o hermenéutica jurídica), estos dos conceptos son sus bases para sustentar su sentencia indicando que el vínculo formal no se puede romper, solo legalmente (divorcio y la cesación de efectos civiles de matrimonio), o que la convivencia material es realmente quien muestra quien es la persona que debe tener este derecho pensional por que fue la ultima persona con la que el fallecido convivio, obtuvo apoyo mutuo, solidaridad, socorro y por lo tanto se sobre entiende que esta es la persona que debe tener este derecho.

- Claro que si vamos un poco más afondo las sentencias de la Corte Constitucional acerca de este tema, indican que estos dos vínculos son complementarios no diferentes a la hora de tomas esta decisión, Sentencia T-522/11

- *“Resulta apropiado destacar que la convivencia efectiva al momento de la muerte del titular del derecho, es sin lugar a dudas, el hecho que legitima la sustitución*



pensional, y que, este criterio material debe ser demostrado por quien reclama a su favor la prestación que devengaba el pensionado ante la entidad.”⁶⁸

21.6. DEPENDENCIA ECONÓMICA

Es el pender de una persona económicamente para vivir.

Dentro del modificatorio de la Ley 797 del 2003, se indica a quienes se les otorga este beneficio por que dependencia económica demostrada: hijos menores de 18 o estudiando hasta los 25 años, hijos inválidos (discapacidad), padres, hermanos inválidos (discapacidad).

21.7. ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005

Este acto legislativo es muy importante para el trabajo de investigación que se esta desarrollando ya que es una adición al artículo 48 de la Constitución Política que habla sobre la seguridad social.

“ARTÍCULO 1o. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política..... y ARTÍCULO 2o. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su publicación”⁶⁹

Este acto indica que en el Sistema General de Pensión debe existir sostenibilidad financiera, para que de esta forma este sistema sirva a su objetivo que es pensionar (entregar

⁶⁸ Sentencia T-522/11

⁶⁹ http://www.fasecolda.com/files/1113/8913/4193/acto_legislativo_01_de_2005.pdf



dinero mensual vitalicio a sus afiliados o beneficiarios), y es por esto se es claro que se deben hacer políticas siempre en miras de este objetivo, ya que esto es de lo que depende el sustento no solo del sistema sino de muchos colombianos para continuar su vida de una manera digna; este acto exige al legislador proteger el equilibrio financiero de todo el sistema y lo regula en la sentencia C-111 de 2006.

También se indica la importancia que tiene la pensión y es por ello que reglamenta puntos importantes como: nunca se puede dejar de pagar – no se puede reducir su valor – no se podrá pagar menos del mínimo, etc.

Todo lo anterior, tiene como principio fundamental cumplir con los requisitos legales y generales del sistema general de pensión para obtenerla como son: la edad – semanas de cotización – valor de los aportes.

Y se indica que para obtener la pensión de invalidez y sobreviviente (sustitución) que es el tema que nos ocupa, se debe remitir a lo que dice la Ley 100 de 1993 y su modificación ley 797 de 2003.

21.8. PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA

Este principio es básico para el acto legislativo 01 de 2005, ya que es el tema fundamental de él, por que es la forma como se debe sostener económicamente el Sistema General de Pensiones por la gran importancia que tiene para la población de Colombia.

Este principio habla de que todas las políticas que se realicen que tenga que ver con la pensión deben ser financiables o/y sostenibles, teniendo en cuenta que los pasivos que se generen por esto tienen que ser asumidos por el Estado (como entidad administradora y legislativa)



La Corte Constitucional, cuando habla sobre este principio, indica que la sostenibilidad trabaja de la mano con el principio de eficiencia, que trata de lograr un uso adecuado de los recursos económico para auto sostenerse siempre en beneficio del derecho de la seguridad social⁷⁰

21.9. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

(PRONUNCIAMIENTOS)

Uno de los pronunciamiento que ha tenido el Tribunal de Caldas con respecto en general de la pensión de sobreviviente a sido claro y especifico y se realizo en Radicación No. 24235, Acta No. 93, Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ en el 2005.

Resumen caso concreto:

- “ Mediante demanda ordinaria laboral ALEJANDRO TORRES LLANOS le promovió proceso al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, con el fin de que se declare que el demandante, por espacio de más de diez (10) años consecutivos e ininterrumpidos, fue el compañero permanente de la señora Leonor Ríos Valencia, al igual que lo fue hasta el momento de su muerte.
- El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Manizales, despacho al que le correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 3 de febrero de 2004, absolvió al Instituto de Seguros Sociales de la demanda presentada en su contra por el señor Alejandro Torres Llanos y condenó en costas a la parte demandante.

⁷⁰<https://actualicese.com/actualidad/2014/08/26/dependencia-economica-para-acceder-a-pension-de-sobrevivencia-requisito-para-padres-hijos-mayores-o-hermanos-invalidos/>



- Al conocer de la apelación interpuesta por el actor, el Tribunal Superior de Manizales, mediante el fallo objeto del presente recurso, revocó el del a quo y, en su lugar, condenó al I. S. S. a reconocer y pagar al demandante la sustitución pensional de la causante Leonor Ríos Valencia, a partir del 12 de enero de 1999, junto a las mesadas adicionales y los incrementos anuales de acuerdo con las Leyes 71 de 1988 y 100 de 1993. No impuso costas en las instancias.”⁷¹

CONCLUSIÓN: Cuando se interpuso el recurso de casación la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral de Manizales, decide NO CASAR, lo indicado por la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, que fue a favor de entregar la pensión de sobreviviente al señor “ALEJANDRO”, ya que no cumplía con los requisitos legales de la convivencia material en los últimos 2 años (para la época), antes del fallecimiento de la señora “LEONOR”; es por lo anterior que se concluye luego de una lectura juiciosa de la sentencia, Que para esta Corte la convivencia efectiva no es negociable y se debe cumplir y que para el Tribunal la convivencia no quedo totalmente demostrada de igual forma protegió derechos fundamentales y decidió concederla.

⁷¹ Radicación No. 24235 - Acta No. 93 Tribunal Administrativo de Caldas



CAPÍTULO XIII

22. CONCLUSIONES FINALES

- La Constitución Política de 1991, fue la que le dio la importancia que ahora tiene la PENSIÓN ya que la nombro como un derecho fundamental en conexidad con otros derechos de gran importancia como son: la vida, la dignidad humana, la salud, derecho de los niños, entre otros.
- Esta investigación se le denomino “choque de trenes” debido a que son conceptos diferentes de interpretación que tienen las Altas Cortes de Colombia, acerca de una norma sobre pensión compartida cuando hay cónyuge y compañero (a) permanente, con o sin convivencia simultánea.
- Estos conceptos diferentes de interpretación de las altas cortes generan inseguridad jurídica con respecto al tema de investigación.
- Al no tener la misma interpretación normativa por parte de los entes que dan justicia en Colombia se puede estar presentando violación y/o vulneración de derechos fundamentales.
- La interpretación que las altas cortes le deben dar a esta norma debe ser basada en: protección de la familia, protección derechos fundamentales de las personas, convivencia marital (tiempo de convivencia), mínimo vital, dignidad humana, sostenibilidad económica, entre otras.
 - Luego de la investigación realizada, la posición que se toma respecto al tema sobre pensión de sobreviviente y/o sustitución pensional, es que a la cónyuge



y la compañera (o) permanente (sea heterosexual u homosexual) debe entregarse por porcentaje de tiempo de convivencia con el fallecido, teniendo en cuenta factores como: edad – si recibía colaboración económica del causante – mínimo vital - seguridad social – otros ingresos económicos y cuando no se presente convivencia simultánea se debería entregar la pensión en porcentajes del 50 y 50% a cada una de las partes con las que el fallecido compartió su vida– gastos – socorro – ayuda mutua – felicidad- amor-enfermedad – tiempo.

- En cuanto a la solución para esta discrepancia y luego de un análisis concienzudo de la investigación, se concluye que para que esto pueda llegar a un buen termino es importante crear una jurisdicción constitucional especializada en seguridad social ya que es un tema que a todos concierne y su importancia para la protección de derechos fundamentales y principios es totalmente vigente, ya que al no realizar una investigación adecuada o un fallo adecuada se puede violar de una manera irremediable derechos fundamentales que el Estado tiene la obligación de proteger sobre todo y es por ello, que se hace necesario que un tema como este tan delicado y sensible tenga su propia jurisdicción no solo para unificación de criterios sino para un amplitud a la hora de fallar y una tranquilidad para la sociedad.



CAPÍTULO XIV

23. BIBLIOGRAFÍA/WEBGRAFÍA

- https://es.wikipedia.org/wiki/Seguridad_Social_de_Colombia
- http://imagen.eldia.co/zp-core/i.php?a=marchas/marcha-por-la-paz-y-la-memoria-9-de-abril-de-2013&i=img_8982.jpg&s=595&q=85&wmk=!{/image}
- <http://www.ugpp.gov.co/pensiones/leyes-sobre-pensiones.html>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>
- T- 301 de 2010
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-301-10.htm>
- Se adiciona a la Ley 100 de 1993, nuevos artículos, son ellos, los artículos 151 A, 151 B, 151 C, 151 D, 151 E y 151 F.
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-030-13.htm>
- T- 1241 de 2008
- C- 336 de 2008
- T- 1241 de 2008
- Sentencia del Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Bogotá, del 14 de mayo de 2014 (Folio 145, cuaderno 3)
- Juzgado Veinticuatro Penal Municipal de Medellín de dos de marzo de 2009
- http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_ffe78128add60174e0430a0101510174 (sentencia 2003-01297 de 12 de junio de 2014)



- Noticiero CM& del Canal UNO de la Televisión Nacional de Colombia el Jueves 13 de Octubre de 2016
- <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/89/TRABAJO%20DE%20GRADO%20FINAL.pdf?sequence=1>
- <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/89/TRABAJO%20DE%20GRADO%20FINAL.pdf?sequence=1>, desde la página 21 a la 24
- <http://www.cremil.gov.co/?idcategoria=26>
- <https://www.casur.gov.co/objetivos-y-funciones>
- <https://www.proteccion.com/wps/portal/proteccion/web/home/proteccion-conecta/consumidor-financiero/informacion-productos-servicios/obligatorias/que-es-pension>
- <https://www.gerencie.com/que-diferencia-hay-entre-sustitucion-pensional-y-pension-de-sobrevivientes.html>
- <http://www.ugpp.gov.co/prestaciones-economicas/pension-sobrevivientes.html>
- Constitución Política de Colombia
- https://wiki.umaic.org/wiki/Derecho_fundamental
- <https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3nyuge>
- <http://www.elmundo.com/portal/pagina.general.impresion.php?idx=2774>
- <http://definicion.de/jurisprudencia/>
- <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/>



- https://es.wikipedia.org/wiki/Corte_Suprema_de_Justicia_de_Colombia
- https://es.wikipedia.org/wiki/Consejo_de_Estado_de_Colombia
- <http://www.registraduria.gov.co/IMG/pdf/constitucio-politica-colombia-1991.pdf>
- <http://conceptodefinicion.de/metodo-cualitativo/>
- Sentencia T-164 DE 2016
- SU 214 DE 2016
- Sentencia 2410-2004
- Radicación: 11001-03-25-000-2010-00236-00(1974-10)
- Sentencia SL4200-2016 Radicación No. 47848
- Sentencia SL5524-2016 - Radicación n.º 59750
- Sentencia CSJ Radicado 31613
- http://www.cali.gov.co/salud/publicaciones/52436/principios_del_sistema_general_d_e_seguridad_social_en_salud/
- <https://jorgemachicado.blogspot.com.co/2010/08/solidaridad.html>
- sentencia C-389 de 1996
- Sentencia T-522/11
- http://www.fasecolda.com/files/1113/8913/4193/acto_legislativo_01_de_2005.pdf



- <https://actualicese.com/actualidad/2014/08/26/dependencia-economica-para-acceder-a-pension-de-sobrevivencia-requisito-para-padres-hijos-mayores-o-hermanos-invalidos/>
- Radicación No. 24235 - Acta No. 93 Tribunal Administrativo de Caldas